

EM TEMPOS DE DEMOCRACIA – CONTRADIÇÕES JURÍDICAS

IN TIMES OF DEMOCRACY – LEGAL CONTRADICTIONS

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito das Universidades Mackenzie, Paulista e Escola de
Comando e Estado-Maior do Exército. Presidente do Conselho de Estudos
Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo.

Recebido para publicação em janeiro de 2004.

1. Direito x Ordem

A ordem é a essência do Estado. Não há Estado sem ordem. E ordem, todavia, nem sempre representa o direito. O direito é necessariamente a busca de um ideal de justiça. O direito não é uma ciência instrumental, como os positivistas do início do século imaginavam, que reduziam a atuação do jurista ao papel de captar a ordem posta, mesmo que injusta, em contraposição às outras ciências. O direito não é uma ciência de simples captação dos fenômenos das outras ciências, que lhe dariam conteúdo, reduzindo-se a uma “ciência continente”.¹

A distinção e, até mesmo, a oposição que pode existir entre o direito ordem e o direito justiça é bem perceptível no célebre filme “O julgamento de Nuremberg”, em que o Ministro de Justiça da Alemanha, certo de que cumprira bem os prin-

cípios da ordem jurídica da Alemanha nazista, não reconhecia a legitimidade dos que o julgavam, porque entendia que só estava no banco dos réus porque perdera a guerra. E, do ponto de vista do direito formal, não poderia ser levado a julgamento por ter cumprido a lei de seu país.

Apenas com o desenrolar do processo é que percebeu que quando o direito não está voltado para o ideal de Justiça, cria uma ordem perversa, em que os direitos fundamentais do ser humano são permanentemente violados.

Todo o problema que se coloca quanto à ordem jurídica, na atualidade, reside em saber o que é ordem social justa e como manter a prevalência do direito do Estado contra a sociedade pluralista, reivindicativa e permanentemente insatisfeita, pela escassez de soluções que o sistema legal oferece, uma vez que está sempre a reboque dos fatos.

Mesmo nos países mais desenvolvidos, em que a aparência da ordem jurídica oferta a sensação de que, na maioria dos casos, se obtém o ideal de justiça pretendido, a ineficiência dos regimes legais é evidente.

Hart bem coloca que a lei é incapaz de solucionar todas as pendências do homem vivendo em sociedade, razão pela qual sua insuficiência deveria ser sempre superada pelo Poder Judiciário, que, ao dizer o direito, muitas vezes, a afasta, para fazer justiça.²

À evidência, o Poder Judiciário é um legislador negativo. Cabe-lhe interpretar a lei e integrá-la, no vácuo legislativo, com os princípios gerais de direito, a equidade, a analogia, visto que a lei não pode jamais abranger todas as hipóteses possíveis. Neste processo de integração, entretanto, o Poder Judiciário muitas vezes se transforma em legislador positivo, isto é, cria a lei, e não apenas nega eficácia a normas inconstitucionais.

Sua função, todavia, é fazer justiça, tanto que o povo refere-se a ele como a “Justiça”. No Brasil, os Tribunais Estaduais são denominados de “Tribunais de Justiça” e a última instância que examina questões de natureza infraconstitucional é o Superior Tribunal de Justiça.³

O certo, todavia, é que estas insuficiências da ordem legal, sem mecanismos de superação que garantam uma ordem absolutamente justa, geram permanentes conflitos de interesses e de princípios, que, quando exacerbados, retiram do Estado as condições necessárias a equacionar as diversas exigências da sociedade, por insuficiência de recursos, desperdício de meios, corrupção, má gestão etc.

O fracasso da luta contra o narcotráfico no mundo demonstra que o ideal de justiça consistente na eliminação deste flagelo não

só tem sido derrotado, como se torna de mais em mais inatingível.

Os crimes da informática, que tenderão a crescer e podem desestabilizar instituições e nações, é uma realidade também de difícil controle, pois o número de gênios no manejo desse instrumento de comunicação aumentou na proporção do acesso de todos os povos à cibernética.

E há que se falar, também, que a ordem privada clássica vem sendo de mais em mais contestada por grupos, minoritários ou não, que querem impor seu direito à força, por entenderem que o direito posto é injusto.⁴

E é este o ponto mais preocupante para o Estado futuro. Os grupos, que pretendem impor seu direito à força, passam a não respeitar direitos alheios e perdem, mesmo que consigam o poder, autoridade para exercê-lo. Quase sempre a conquista do poder por eles representa a traição de seus próprios objetivos, como ocorreu na Revolução Francesa, em que os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade geraram um dos maiores banhos de sangue da história.

O movimento dos sem-terra, no Brasil, é uma demonstração típica de desrespeito à ordem jurídica não atalhado pelo governo, e aqueles que insuflam as invasões são os menos interessados na reforma agrícola, apenas forjando um projeto político de conquista do poder, no estilo da revolução bolchevista de 1917.⁵

O certo é que o direito jamais equacionou todas as aspirações de todos os povos, sendo certo, entretanto, que quanto mais a ordem jurídica se aproxima do ideal de justiça tanto mais permanente é.

O grande dilema do século XXI é aquele levantado por Hegel, de que o Direito não convive com a desordem e se a desordem estiver a ponto de se instalar,

a ordem terá que ser restabelecida por medidas extremas.⁶

A própria Constituição do Brasil hospeda tais instrumentos, em seu Título V, a que nós, constitucionalistas, denominamos “Regime Constitucional das Crises”, como os Estados de Defesa e de Sítio (arts. 136 a 144).

O grande dilema do século XXI reside em como manter a ordem e a justiça, em uma sociedade pluralista, de mais em mais exigente e insatisfeita.

E aí volto a tecer algumas considerações que, no passado, conformaram minha maneira de ver o fenômeno jurídico:

2. Direito natural x Direito positivo

Miguel Reale, ao elaborar uma nova visão da teoria tridimensional do direito, ofertando a dialética da complementaridade e mostrando a interação de fato, valor e norma, que produz nova interação, por força de novas tensões veiculadas pela jurisprudência ou pelo trabalho legislativo, não deixou de enfrentar questão que considerou de particular relevância, qual seja a das três fases que permitem a percepção do direito aplicado.⁷ São elas: os fundamentos do direito natural, a resultante do direito positivo e a consequência do direito interpretado. Os primeiros indicam as vertentes, embora em uma visão historicista-axiológica; a segunda conforma a lei posta pelos produtores da norma; e a terceira, a aplicação da lei, em face do trabalho hermenêutico de intérpretes e do Judiciário.⁸

Lembra o eminente mestre e orgulho da filosofia e do direito brasileiros que a teoria tridimensional não é nova, rememorando mesmo os escritos de Vanini e Del Vecchio, em que já visualizavam uma

faceta “gnoseológica”, outra “fenomenológica” e outra “deontológica” no direito. Acrescenta, todavia, que, em sua concepção original e universal, o direito corresponde à normatização dos fatos influenciados por valores.

Na sua concepção, o filósofo, o sociólogo e o jurista poderiam examinar as mesmas realidades, o primeiro voltado mais à deontologia ou aos valores, o segundo à fenomenologia ou aos fatos e o terceiro à norma ou a “gnoseologia jurídica”.⁹

O direito, portanto, não se reduz a uma instrumentalização normativa, mas é o resultado do fenômeno aprendido pelos operadores da norma, à luz de valores, que, teoricamente, seriam os mais necessários, naquele período e naquele espaço, para serem legalizados.

Embora na concepção realiana, o direito natural resulte de um processo historicista-axiológico – e não como na visão tomista, em que independe da história, porque inerente ao ser humano – reconhece que o vigor e o permanente ressurgir do direito natural decorre de que, no ser humano, o “ser” implica um permanente “dever ser”.¹⁰

Discípulo do ilustre filósofo nos bancos acadêmicos e admirador de sua monumental obra, em um ponto apenas, por ser tomista, meu posicionamento segue caminho não diverso, mas paralelo, que, na consequência, não oferta resultado diferente. É que os valores que o processo histórico perpetua, a meu ver, não decorrem de uma elaboração evolutiva do ser humano, mas de singela descoberta daquilo que lhe é próprio, ou seja, de direitos que lhe são inerentes, independentes da história e do Estado, pelo simples fato de existir. Nascer tais direitos com o próprio ser humano, cabendo ao Estado e à história apenas reconhecê-los. E o permanente renascer a que se refere o ínclito mestre, decorre da

realidade pela qual, muitas vezes, a história, o direito positivo e o Estado passam por períodos de obscurantismo, quando os valores que os influenciam e as normas que deles decorrem são afastados, por incômodos, como ocorreu na Alemanha de Hitler, na Cuba de Fidel Castro, no Chile de Pinochet, no Iraque de Saddam Hussein e na Rússia de Stalin.¹¹

O direito positivo, que não se opõe ao núcleo de princípios próprios do direito natural – e são estes princípios um feixe pequeno de normas permanentes e imutáveis –, pode, em princípio, tudo “criar”, embora apenas “reconheça” o que é inerente às leis de direito natural, pois ínsito ao próprio ser humano.

É interessante que Hart, ao formular uma concepção do direito mais vinculada à sua faceta normativa, é obrigado a reconhecer que há um núcleo pequeno de normas de direito natural, que o direito positivo de qualquer país não pode esquecer, embora, ao elencar os cinco campos de atuação do direito natural, os restrinja à mera constatação histórica de sua imutabilidade.¹²

E Norberto Bobbio, que muitas vezes parece ser um “jusnaturalista envergonhado” em reconhecer tal postura, é obrigado a superar seu materialismo filosófico no direito, ao buscar na ciência que o estuda ou na especulação filosófica do direito positivo, os fundamentos de uma postura quase que naturalista.¹³

Não podendo desconhecer a existência de valores permanentes a influenciar o direito positivo, prefere dividir o direito em três compartimentos de baixa interação e alta separação, apenas em um deles admitindo a especulação jusnaturalista (teoria da norma, teoria do ordenamento, teoria da ciência jurídica).

Entendo que o direito natural, numa visão escolástica, é o verdadeiro cerne do

Direito, dele derivando todas as regras permanentes dos valores inseridas nas normas positivas.¹⁴

E nesta percepção, a deontologia jurídica passa a representar a própria razão de ser de toda a ciência do Direito e de toda a norma aplicada.

Ora, a ética, cuja definição mais adequada me parece ser:

“la Etica es la parte de la filosofia que estudia la moralidad del obrar humano; es decir, considera los actos humanos en cuanto son buenos o malos”,¹⁵

está na própria conformação do direito natural, visto que permeia todos os valores definitivos que devem estar integrados nas normas positivas.¹⁶

Todo o sistema jurídico que diminui a relevância da questão ética, tornando tal valor despidendo, tende a não respaldar os reclamos da sociedade, a tornar o Estado que o produziu menos democrático, quando não totalitário, e termina por durar tempo menor que os demais ordenamentos que a reconhecem.¹⁷

3. Estado x Sociedade

Outra questão jurídica que se coloca para o direito moderno, em que as Cartas Constitucionais de todo o mundo democrático reconhecem como direitos fundamentais os direitos individuais, é verificar quais os limites dos direitos do Estado e quais aqueles do cidadão. Em outras palavras, onde o direito do cidadão deve prevalecer sobre o direito do Estado, representado pelos governantes, e onde direito dos governantes, enquanto representantes do cidadão, deve prevalecer sobre os direitos individuais, que não aqueles de primeira geração reconhecidos na Constituição Francesa, pós-revolução de 1789.

Todo o direito romano foi conformado a partir do direito civil, sendo o *jus gentium*, isto é, o direito das gentes, uma decorrência da internacionalização do domínio de Roma, à luz do *jus civile*. O Estado pós-civilização grega, isto é, o Estado a partir de Roma, é um Estado nitidamente de Direito, mas um direito que privilegia a classe dominante, lembrando-se que o próprio fortalecimento do tribunato da plebe deu-se no momento maior da República Romana, e foi perdendo força democrática pelas lutas com o Senado e com seus Cônsules até o advento do Império. E, a partir desta perda de força, o direito já consolidado e assim evoluído passou de mais em mais a exteriorizar a força da classe dominante. É um direito patrimonialista e de cidadania superior aos dos povos que o antecederam, mas, ainda assim, elitista.¹⁸

A classe dominante é que gera o direito, apenas tangencialmente dedicado à classe servil.

E, de Roma Ocidental e Oriental, dos Reinados da Idade Média – exceção feita a Portugal, que formulou, com as ordenações afonsinas, um novo sistema jurídico europeu – às monarquias absolutas, que geraram um direito autoritário, os institutos já não se afastavam de conceitos oriundos de Roma.

A ruptura se dá com a Revolução Francesa e com o reconhecimento de que há direitos fundamentais, que ultrapassam os interesses e a concepção *pro domo sua* da classe dominante.

E, em face dessa quebra do sistema jurídico clássico, que levaria inclusive Napoleão a formatar uma nova legislação civil francesa, a consideração dos direitos individuais é crescente, a culminar com as experiências constitucionais francesa e americana, ofertadas estas pelos “pais fundadores” a partir de 1787.¹⁹

Ora, o crescimento da discussão sobre os direitos essenciais do cidadão implicou, necessariamente, a discussão dos limites do Estado ao gerar sua ordem. Considerou-se que tal ordem deveria contemplar meios de submeter o poder do Estado a um duplo controle, ou seja, o de autocontrole, como Locke e Montesquieu desejavam, e o do povo, por meio dos mecanismos de representação.

Colocado o dilema, a grande discussão filosófica, jurídica, política, sociológica que se coloca, ainda hoje, é a definição destes limites, pois se o Estado representa a sociedade, não pode ser contra a sociedade e se o Estado é contra a sociedade é porque não a representa, mas representa, apenas, os detentores do poder, resumindo-se, como dizia Helmut Kuhn, em frase que repito, “uma mera estrutura do poder”.²⁰

À luz deste dilema, os dois séculos pós-revolução francesa têm exarcebado o embate entre sociedade e Estado, isto é, entre liberdade e autoridade. Povo e governo são os personagens permanentes na definição de uma fronteira ainda nebulosa, qual seja, a de saber quando termina o direito de um e começa o de outro.

Ratzinger agrega aspecto que instiga bastante o problema da definição de tais fronteiras, ou seja, o de saber até que ponto a falta de uma consciência moral, que é perceptível no respeito aos direitos fundamentais do ser humano, pode gerar um subjetivismo dela desrelacionado. Argumenta com a Rússia pós-queda do Muro de Berlim, em que a falta de uma consciência moral do cidadão fundada em direitos individuais gerou uma falta de consciência moral coletiva, visto que o Poder justificava-se por si só e as teses marxistas estavam dissociadas de sua aplicação. O resultado fez com que a derrubada do sistema gerasse um vácuo, tornando o povo russo sujeito às máfias, à

corrupção e à descrença em valores, por não ter sido preparado para o respeito aos direitos fundamentais, exteriorizadores de uma consciência moral. Questão, portanto, de relevância entre os desafios e contradições do século XXI é a definição de uma área delimitadora dos dois direitos, a fim de que se saiba onde começam e onde terminam os direitos do indivíduo e do Estado.²¹

NOTAS

1. Johannes Messner lembra que: “El objeto de la ciencia del derecho natural es el orden social entendido como el conjuntó de derechos y deberes jurídicos que constituyen las relaciones interhumanas. Estas relaciones se establecen entre individuos, entre individuos y grupos sociales y entre grupos sociales. Precisamente por esta referencia al orden social nos parece necesario partir de una investigación de la sociedad como tal. Su misma peculiaridad parece exigirlo. La sociedad posee su propio ser, actúa con independencia del individuo y éste no sólo depende totalmente de aquélla en su desarrollo, sino que se encuentra en gran medida sometido a su voluntad. Además, la sociedad sobrevive al hombre, los Estados a muchas generaciones de hombres, las naciones perduran a través de los siglos. Finalmente, el bien de la sociedad tiene tal preeminencia sobre el del individuo que, en caso necesario, se puede exigir de éste el sacrificio de su vida y hacienda en aras de la comunidad” (*Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*. Madri: Rialp, 1967. vol. 1, p. 13).

2. Escrevi: “H. L. A. Hart, em seu polêmico *The concept of law*, procura, a partir do exame de casos concretos e próprios da estrutura legal inglesa, em que a *common law* continua a desempenhar decidida influência conformadora, descobrir os fundamentos do direito, assim como a razão pela qual o homem obedece à ordem jurídica posta por quem detém o poder de impô-la.

Embora considere relevante o hábito de obedecer, importante o ideal de justiça, influente a moral dominante, como também não despendiendos a ambição pelo poder, a segurança

da ordem e o benefício da relativa certeza que a força da lei propicia, chega a duas conclusões que, embora não originais, pelo seu entrelaçamento, permitem reflexão fecunda sobre as dimensões do Direito, como elemento intrínseco à natureza humana e fundamental para que o homem se realize.

A primeira delas é de que a lei não só oferta genérica – mas não específica – proteção ao indivíduo, sendo incapaz de abranger todas as hipóteses pretendidas pelo legislador, como a relatividade de sua aplicação – mesmo para os casos que, na aparência, foram particularmente normados – varia em função das circunstâncias, das autoridades executoras e principalmente das autoridades julgadoras. A lei, portanto, sobre possuir lacunas e ser de impossível extensão a todas as situações sociais, carece de instrumental executor capaz de uniformizá-la por inteiro, sendo cada caso um caso distinto e especial.

A segunda diz respeito ao órgão que tem a última palavra sobre sua interpretação, ou seja, o Poder Judiciário. Cabendo-lhe a aplicação da lei genérica ao caso específico, sua função é, simultaneamente, de intérprete e criador da lei, posto que as pessoas encarregadas de aplicá-la, sobre retirarem-na da abstração para a realidade cotidiana, dão-lhe a dimensão que lhes parece mais adequada à situação” (separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Antonio de Arruda Ferrer Correia, 1984, p. 3-4).

3. Hart lembra que: “A supreme tribunal has the last word in saying what the law is and, when it has said it, the statement that the court was ‘wrong’ has no consequences within the system: no one’s rights or duties are thereby altered. The decision may, of course, be deprived of legal effect by legislation. but the very fact that resort to this is necessary demonstrates the empty character, so far as the law is concerned, of the statement that the court’s decision was wrong. Consideration of these facts makes it seem pedantic to distinguish, in the case of a supreme tribunal’s decisions, between their finality and infallibility. This leads to another from of the denial that courts in deciding are ever bound by rules: ‘The law (or the constitution) is what the court say it is’” (HART, H. L. A. *The Concept of law*, *Clarendon Law Series*, New York: Oxford University

Press, 1961, London, p. 138).

4. Escrevi: “A consciência que o marginalizado do século XX tem da diferença social, do desnível de riqueza, de oportunidades e da impossibilidade, na ordem jurídica posta, de reduzir tais diferenciais, leva-o a não ter compromisso com a ordem social por eles considerada injusta e, portanto, a contestá-la por todos os meios possíveis, inclusive o da violência.

Talvez, de todos os grupos de descontinuidade, seja o crescente grupo dos marginalizados aquele que poderá mais problemas causar à ordem institucional futura de todas as nações. Isto que seu compromisso com a ordem injusta é nenhum, sua esperança de mudança de vida resta reduzida e sua revolta aumenta na mesma proporção em que se conscientiza dos desníveis sociais” (*Uma visão do mundo contemporâneo*. São Paulo: Pioneira, 1996. p. 47).

5. Escrevi: “O certo é que as críticas dessas autoridades – que foram guindadas ao poder por serem amigas do presidente e não por terem sido escolhidas pelo povo – ao Judiciário só prejudicam o ambiente de harmonia entre os poderes.

Tenho dito que se o MST deseja a sua ultrapassada reforma agrária para partilhar o Brasil entre seus correligionários e impedir, no futuro, que ‘outros sem terra’, e, no presente, que os ‘sem terra não filiados’ sejam proprietários do ‘butin’, que dispute eleições, que as ganhe, que leve seu projeto ao Congresso e consiga que o Congresso faça as leis que imagina, pois só aí terá legitimidade para fazer o que, hoje, é prática delituosa.

Se isto acontecer, todavia, o Brasil do futuro será um país retrógrado, com propriedades agrícolas exclusivamente nas mãos dos despreparados filiados ao MST. Possivelmente, pela tecnologia pretérita e pela incapacidade empresarial, que têm demonstrado os atuais integrantes desse movimento já assentados – que se sustentam quase que exclusivamente pelos subsídios oficiais – deixaremos de ser a grande pátria agropecuária de hoje, para nos transformarmos em país de atividade agrícola medieval dominado pelos novos senhores feudais da terra: os integrantes do MST” (A terra do MST, jornal *O Estado de S. Paulo*, 22 jan. 2004, p. A-2).

6. É a conclusão que dizia Norberto Bobbio em *Estudos sobre Hegel*, São Paulo: Brasiliense, 1995.

7. *Teoria tridimensional del derecho*. Madri: Tecnos, 1997.

8. Miguel Reale, inclusive, oferta tratamento tridimensional à percepção da conduta ética, ao dizer: “É no plano específico da conduta ética, mais do que no plano da ação prático-econômica, exatamente em razão de seu projetar-se necessário e geral para ações futuras, que a tridimensionalidade se mantém como característica ou traço essencial, sem jamais se resolver em uma unidade capaz de pôr termo à tensão entre fato e valor. Não se trata, em tal caso, de expressar-se um juízo, de formular-se uma lei; nem tampouco de subordinar-se um conteúdo à plasticidade de uma forma. Trata-se de modelar-se o homem mesmo, de ‘legalizar-se’ ou de ‘formalizar-se’ o ser humano que é essencialmente liberdade e inovação: daí o caráter provisório, insuficiente de toda norma ética particular, cuja universalidade ética reside na tensão inevitável que a liberdade espiritual estabelece entre a realidade e o ideal.

É a razão, segundo nos parece, pela qual a experiência ética apresenta sempre uma tensão e uma implicação necessárias, perenemente renovadas, entre dadas circunstâncias de fato e o plano das estimativas, o que se reflete na natureza e no devir de suas normas” (*Filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1957. vol. II, p. 366).

9. Nos fundamentos de sua teoria tridimensional, Miguel Reale ensina: “Nas últimas quatro décadas o problema da tridimensionalidade do Direito tem sido objeto de estudos sistemáticos, até culminar numa teoria, à qual penso ter dado uma feição nova, sobretudo pela demonstração de que:

a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;

b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta;

c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram” (*Lições preliminares de direito*. São Paulo: Bushatsky, 1974. p. 74).

10. Ives Gandra da Silva Martins Filho assim resume a lição de São Tomás de Aquino sobre as diversas leis:

“h) Ética – *recta ratio agibilium* (agir de acordo com a natureza racional, que é o princípio de operações – *agere sequitur esse*). Livre-arbítrio orientado pela consciência (sindérese – capacidade inata de, intuitivamente, captar os ditames da ordem moral, cujo primeiro postulado é ‘faz o bem e evita o mal’).

Lei eterna – é o plano racional de Deus que ordena o Universo (Sabedoria Divina que dirige todas as coisas ao seu fim).

Lei natural – *participatio legis aeternae in rationali creatura* (aquilo a que o homem é levado a fazer pela sua natureza racional). Resume-se nos 10 mandamentos e é cognoscível através da razão por todos os homens, pautando seu agir.

Lei positiva – feita pelo homem para possibilitar a vida em sociedade (deve estar de acordo com o direito natural, sob pena de ser injusta, não obrigando ao seu cumprimento). Por dedução da lei natural, gera o *jus gentium* e por especificação das normas gerais dá origem ao *jus civile*.

Lei divina – revelada por Deus (os 10 Mandamentos).

Justiça – disposição constante da vontade de dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*):

Comutativa – entre iguais (contratos)

Distributiva – do soberano aos súditos

Legal – dos súditos para com o soberano” (*Manual esquemático de história da filosofia*. São Paulo: LTr, 1997. p. 93).

11. Escrevi: “René Cassin, principal autor da Declaração Universal dos Direitos Humanos, esclareceu que ‘não é porque as características físicas do homem mudaram pouco desde o começo dos tempos verificáveis que a lista de seus direitos fundamentais e liberdades foi

idealizada para ser fixada permanentemente, mas em função da crença de que tais direitos e liberdades lhe são naturais e inatos’ (Human rights since 1945: an appraisal. *The Great Ideas*. Ed. Britannica, 1971. p. 5).

Uma reflexão sobre a justiça pode perfeitamente principiar por estas palavras do grande jusfilósofo francês.

A justiça é, fundamentalmente, aspiração do ser humano, que nasce com ele, acompanha-o durante toda a vida e não desaparece quando ele morre. A aspiração de justiça do ser humano transcende sua própria morte, como também é anterior à sua existência.

Sempre que ouvimos falar de Justiça, consideramo-la a partir dos poderes do Estado em administrá-la, não poucas vezes correndo o risco de reduzi-la à mera prestação jurisdicional, que, embora relevante, não esgota sua concreção fenomênica” (*Caderno de Direito Natural*, 1. ed., Belém-PA: CEJUP, n. 1, p. 21, 1985).

12. São a saber:

“1. necessidade de proteção à vulnerabilidade humana;

2. a redução das desigualdades sociais;

3. a conformação do limitado altruísmo do ser humano, nem anjo, nem demônio;

4. a valorização dos recursos escassos de produção de bens na terra;

5. a criação de sistema sancionatório capaz de permitir o cumprimento das leis” (H.L.A. Hart, *The concept of law*, cit., p. 121).

13. Norberto Bobbio, *Teoria das formas de governo* (Brasília: Universidade de Brasília, 1976), volta a desvendar este viés “jusnaturalista atimidado” nos livros *A era dos direitos* (Ed. Campos, 1992) e *Estudos sobre Hegel* (São Paulo: Brasiliense, 1995).

14. C. Fabro, F. Ocariz, C. Vansteenkiste e A. Livi escrevem: “Se puede entender así también otro aspecto fundamental: las verdaderas razones y finalidades de la convivencia humana están en dar a cada persona singular la posibilidad de difundir en los demás su propio bien y de ser ayudado por los demás (cfr. in III Polit., 5). De todo esto se puede deducir fácilmente cómo el bien común temporal de la sociedad humana no consiste solamente en el bienestar material: antes está el bien espiritual, y el bien material alcanza su verdadero sentido

humano precisamente en su ordenación al bien espiritual. Este bien espiritual no es otra cosa que la virtud moral, que establece entre los hombres no solamente la justicia, sino también la amistad, que es lo contrario de la pretensión de mejorar la sociedad a través de la lucha o el conflicto, que separan a los hombres entre sí (cfr. In VIII Ethic. 1)” (*Las razones del tomismo*, Pamplona: Euns, 1980. p. 76).

15. Angel Rodriguez Luño. *Ética*. Pamplona: Euns, 1984. p. 17.

16. Angel Rodriguez Luño lembra que: “‘La Ética es una ciencia práctica, porque no se detiene en la contemplación de la verdad, sino que aplica ese saber a las acciones humanas’. Mientras las ciencias especulativas se limitan a conocer realidades que no dependen de la voluntad humana, la Ética se ocupa de la conducta libre del hombre, proporcionándole las normas necesarias para obrar bien. Es por ello una ciencia normativa, que impera y prohíbe ciertos actos, puesto que su fin es el recto actuar de la persona humana.

Aristóteles afirma que no estudiamos Ética ‘para saber qué es la virtud, sino para aprender a hacernos virtuosos y buenos; de otra manera, sería un estudio completamente inútil’. Por eso, la voluntad juega un papel importante en la adquisición del saber moral: no es fácil considerar el recto orden de las acciones si la voluntad no está dispuesta a aceptarlo. Quien no quiere vivir rectamente no puede llegar al fin de esta ciencia y, por eso mismo, no conseguirá entenderla bien. La influencia de la voluntad es aún más decisiva en el conocimiento moral particular (conciencia y prudencia)” (*Ética*, cit., p. 20).

17. Escrevi: “Entendo que a visão mais correta é aquela que concebe o direito natural como inerente à condição humana. O homem nasce com certos direitos, que não vem a receber por mera repetição de fatos históricos que os valorize, mas tal repetição decorre do reconhecimento de sua inerência. Por esta razão, tais direitos são imutáveis e não circunstanciais.

Em verdade, tal polêmica esgota-se no rigor de sua conformação, visto que ambas as correntes entendem que os direitos principais, pertinentes a cada ordenamento jurídico, são de direito natural e não criação do direito positivo, que ao não reconhecê-los perde a legitimidade

própria de sua força impositiva e reduz sua capacidade de permanência no tempo. A teoria do alcance da norma injusta reserva-lhe pouca extensão e durabilidade” (*A vida dos direitos humanos* – Bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 132).

18. “Próximo ao movimento ilustrado por Varião podemos situar, sem arbitrariedade, os numerosos tratados dedicados durante os séculos II e I a.C. ao direito privado ou público: estudos e comentários fundados na interpretação dos textos, sobretudo da Lei das 12 Tábuas, e na história. Os principais personagens de Roma sentiam-se orgulhosos em produzi-los. Apenas, a título de exemplo, citemos dois Sumo-Pontífices, P. Múcio Cévola, o que divulgou os anais pontificiais, e seu filho Quinto, autor de uma ampla obra que permaneceu por muito tempo fundamental, por ter sido a primeira a tentar distribuir, segundo uma classificação lógica, toda a matéria do direito civil. Graças a esses esforços contínuos, não só o mais anacrônico arcaísmo desapareceria pouco a pouco da legislação e dos processos, mas preparava-se a plena eclosão, que honrará o período imperial, da ciência jurídica romana” (André Aymard e Jeanine Aubeyer, *Roma e seu império*. São Paulo: Difel, 1958. vol. 1, p. 238).

19. André Ramos Tavares lembra que: “Alguns meses antes da Revolução Francesa, o abade Emmanuel Sieyès publicou um pequeno panfleto intitulado Que é o terceiro Estado, no qual desenvolveu a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, com seus respectivos corolários.

Não obstante isso, sabemos que a realidade do poder constituinte precedeu historicamente essa sua elaboração técnica, já que é um correlato da existência de qualquer Estado” (*Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 28).

20. Escrevi: “Montesquieu, ao escrever o seu *Do espírito das leis*, fê-lo a partir de duas realidades que o impressionaram vivamente, a saber: o sucesso político do modelo inglês e a absoluta descrença na natureza humana.

Do modelo inglês tirou, pelas lições de Locke e por sua observação pessoal, a certeza de que o controle exercido pela monarquia e pelo povo sobre o Parlamento e o Gabinete ofertariam a estabilidade necessária à harmonia

de poderes, posto que ninguém poderia exercê-los de forma absoluta, em função dos freios e contrafreios de uns sobre outros.

Montesquieu introduziu, de forma científica, a tripartição dos poderes, acrescentando à observação inglesa e aos estudos de Locke, o Poder Judiciário, como poder independente.

É interessante notar que a lição inglesa não permitia fosse realçado o Poder Judiciário, visto que o exercício da administração da justiça na tradição costumeira insular – mais dádiva do Estado e do monarca que um direito da plebe – levou Montesquieu a nele descortinar um complexo orgânico formado a partir da lição dos romanos, pela influência do pretorianismo semi-independente, assim como da dos bárbaros e povos autóctones pela experiência milenar do direito repetitivo. Não se esqueceu, por outro lado, da influência da Igreja até a Reforma. Assim, não obstante, à época de Montesquieu, o poder-dever de julgar e a certeza da administração de justiça ter evoluído, na Inglaterra, a razoável grau de independência, Locke não chegou a descortinar força própria de separação, como o fez Montesquieu.

Montesquieu intuiu a importância de tal independência, na medida em que a natureza humana é fraca e a fraqueza a serviço da força do poder provoca, decorrencialmente, a prática de uma justiça injusta.

A necessidade, portanto, de o poder controlar o poder, fê-lo separar o exercício da feitura das leis (Poder Legislativo), de execução das

normas (Poder Executivo) e de interpretação oficial do direito e aplicação da Justiça (Poder Judiciário). Ao dizer: ‘Acontece sempre que todos os homens, quando têm poder, se inclinam a seu abuso, até encontrar limites’ e ao concluir que é necessário que o ‘poder constitua um freio para o poder’ sintetizou sua praticidade a partir da descrença na natureza humana.

À tipologia clássica externa dos governos bons ou maus, ou de governos monárquicos, aristocráticos ou democráticos ou, na preocupação da época, a sua divisão em repúblicas, monarquias e governos despóticos, se acrescentou, em Montesquieu, a tipologia interna da divisão dos poderes, quaisquer que sejam as formas exteriores que apresentam. Sua pessoal visão excluiu, entretanto, os governos despóticos, isto porque a tripartição apenas se torna possível em governos moderados.

Foi Montesquieu criticado, no período, porque se entendia que poder dividido não é poder e nem pode ser acionado, convenientemente nos momentos de crise nacional, em face dos próprios freios criados. O tempo veio demonstrar, todavia, que há mecanismos capazes de dar eficiência maior de funcionamento ao sistema misto que ao poder absoluto e concentrado” (*A separação de poderes no Brasil*. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização – PrDN e Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985. p. 27-28).

21. Joseph Ratzinger. *Verdad, valores, poder* – Piedras de toque de la sociedad pluralista. Madri: Rialp, 1995.